

A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória — 2. Autocomposição e heterocomposição da lide; conciliação e jurisdição — 3. Natureza jurídica da conciliação — 4. Questões de interesse prático na exegese dos arts. 447 e segs. do novo CPC — 5. Intervenção do Juiz no conteúdo do negócio substancial — 6. Conciliação na execução e na ação cautelar — 7. Conciliação no desquite e nas ações de alimentos — 8. Advertência final.

1. Era da tradição luso-brasileira a tentativa de conciliação, como diligência prévia à propositura de demanda: Ord. Filip., L. 3.^o, tit. 20, § 1.^o, com a expressa menção à conveniência de as partes não gastarem “suas fazendas”, pois “o vencimento da causa é sempre duvidoso”; Constituição do Império, art. 161, estatuinte a obrigatoriedade da diligência preliminar, confiada aos juizes de paz; Regulamento 737, de 1850, arts. 23 e segs.

A República, pelo Decreto n. 359, de 1890, extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória, inclusive pelo argumento de que a prática teria revelado a onerosidade do instituto, sua inutilidade como instrumento de composição dos litígios.

Em vários Estados, contudo, a conciliação foi mantida em caráter facultativo, geralmente confiada à Justiça de Paz. No Rio Grande do Sul, a Lei n. 10, de 16.12.1895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então “juizes districtaes” o “homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar” (art. 74, § 2.^o). Tradicionalmente os sucessivos Códigos de Organização Judiciária de nosso Estado têm atribuído aos juizes de paz dos distritos rurais o “conciliar as partes que espontaneamente recorrerem ao seu juízo”, atribuição esta aliás que, pela inteira ausência de qualquer forma processual, não ultrapassa os li-

mites da mera mediação amigável e não ingressa, destarte, no plano jurídico.

A legislação trabalhista restaurou em 1932 a tentativa de conciliação em nosso direito positivo, em caráter obrigatório; a Lei n. 968/1949 veio a impô-la também nas ações de desquite litigioso e de alimentos, aqui como pressuposto processual.

O novo Código de Processo Civil trouxe a tentativa conciliatória como instituto do direito processual comum, em caráter cogente e como ato inicial da audiência, nos seguintes termos: “Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Note-se que a conciliação *prévia* cedeu passo (de acordo com a orientação atualmente prevalente nos países de mais sedimentada cultura jurídico-processual) à conciliação *no curso do processo*. O simples apelo à concórdia lançado pelo juiz de paz, geralmente bisonho em matéria jurídica, é substituído pela atuação diligente do próprio juiz da causa, em intervenção “direta ao litígio que o esclareça e ilumine, mostrando até que ponto podem ser razoáveis as pretensões de cada um dos litigantes” (Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, 1950, vol. III, pág. 174). Chama Chiovenda a atenção (*Instít. de Dir. Proc. Civil*, vol. II, n. 142, pág. 39, trad. port. por G. Menegale) em que

tanto maior será a “probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta”. E adverte Carnelutti, ressaltando a diferença entre a simples *mediação* e a *conciliação judicial*, que nesta o objetivo visado é uma composição *justa* do litígio, sob pena de degradação da função do juiz interveniente (*Sistema*, vol. I, n. 59, págs. 203/205 da ed. esp. de 1944).

Refletindo sobre a conciliação, ou melhor, sobre a tentativa de conciliação como instituto processual, surge uma série de indagações, algumas de marcante interesse prático. Qual sua natureza jurídica? Ao tentar a conciliação, e, se exitosa, ao homologá-la, pratica o juiz ato de jurisdição contenciosa, ou de mera jurisdição voluntária? O comparecimento à audiência configura, para as partes, uma obrigação processual, ou quiçá um ônus? Podem as partes fazer-se presentes apenas através advogados com poderes bastantes? As partes devem ser intimadas pessoalmente, ou poderão sê-lo através seus procuradores ou mediante nota de expediente no Diário da Justiça? Quais as consequências do não comparecimento de algum, ou de todos os litigantes, à audiência? Quais as consequências, quanto à validade do processo, da ausência da tentativa conciliatória? Pode o juiz intentar a conciliação apenas com as partes, ou a presença do advogado será indispensável à regularidade do ato?

2. Em primeiro lugar, assinalamos que a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a *autocomposição* e a *heterocomposição* da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de

uma composição consoante com a *equidade* (Giuseppe de Stefano, *Contributo alla Dottrina del Componimento Processuale*, pág. 20; Carnelutti, ob. cit., pág. 203; Código de Processo Civil de Portugal, art. 509, item 1: “Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade”), embora não possa por certo o magistrado fazer prevalecer sua concepção de equidade a ponto de recusar homologação ao acordo, relativo a direitos disponíveis e sem cláusula ilícita, avençado pelas partes (Liebman, “Risoluzione convenzionale del processo”, in *Riv. Dir. Proc. Civile*, 1932, I, pág. 284).

A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um *negócio*, confiado à autonomia privada; os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da *jurisdição* contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença: “Il componimento chiude il processo e sostituisce la sentenza” (Liebman, rev. cit., págs. 272 e segs.). Segundo o novo CPC “Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.”

A conciliação, é certo, tem em comum com a jurisdição quer o ponto de partida como o de chegada: a existência de uma lide e, pois, de *partes* em conflito (na jurisdição voluntária, por definição inexistente o contraditório entre partes, Frederico Marques, *Jurisdição Voluntária*, § 19, item 2.º); e, como resultado comum, visam à composição do litígio, o que é o mesmo fim, nem mais nem menos, visado pela sentença de mérito (Carlo Nicoletti, *La Conciliazione nel Processo Civile*, pág. 134). Conciliação e sentença apresentam, assim, este dado fundamental comum, de que agem simultânea e imediatamente “sulla lite e sul processo” (Nicoletti, ob. cit., pág. 157).

Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutório da lide não provém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria, destarte, a conciliação uma “zona estrema, o di confine, della giurisdizione contenziosa” (Mortara, *Commentario*, III, Milão, ns. 9, 11 e 12) em suma, um “equivalente jurisdicional”, na classificação carnelutiana (*Sistema*, I, n. 59).

3. Sob outro ângulo, uma primeira corrente considera a conciliação um mero *ato processual*, de todo submetido às normas do direito processual.

Entendem outros a conciliação como instituto de direito *substancial*, em nada diverso, pois, do negócio material concluído fora do processo.

Posições intermediárias reconhecem na conciliação aspectos substanciais e processuais ao mesmo tempo: para alguns, tais aspectos apresentam-se dissociáveis e, inclusive, o aspecto substancial pode faltar de todo (hipótese da conciliação inexitosa); outros aceitam uma conceituação unitária do fenômeno, tese dominante na Alemanha. Em sua monografia, já citada, Stefano adota a primeira posição intermediária, com prevalência do negócio substancial, e esta parece a posição mais conforme com o atual direito brasileiro.

O conteúdo do negócio substancial é variado. Comumente apresenta-se como uma transação, mas também é possível a conciliação através a renúncia do autor à pretensão, ou o reconhecimento do pedido por parte do demandado. Os efeitos processuais revelam-se constantes: ou a determinação de prosseguimento do processo, se inexitosa a tentativa conciliatória, ou a cessação da litispendência (salvo se parcial o acordo substancial) e a concessão de executoriedade ao acordo (CPC, art. 584, n. II), quando exitosa a gestão do juiz. (Ressalvo, aqui, a conciliação (ou melhor, a reconciliação)

nas causas de direito de família, que apresenta características peculiares). Tais efeitos processuais derivam, no direito brasileiro, não imediatamente do negócio material entre as partes, mas sim da homologação pelo juiz, sob a forma de sentença (CPC, art. 269, ns. II, III e V).

A conciliação diverge da transação pelo seu caráter de ato praticado *no curso do processo*, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicando em recíprocas concessões; pelas conseqüências de ordem processual. Estas últimas, entretanto, podem ser comuns à transação avençada diretamente pelas partes *fora do processo*, e comunicada ao juiz ora como causa de cessação do objeto do litígio, ora para obter a homologação e a executoriedade do acordo que estabeleça prestações a serem cumpridas.

4. Para os sujeitos do processo, a participação no ato processual conciliatório constitui uma obrigação, ou um ônus? Ao juiz, o promovê-lo é uma obrigação, e a tentativa conciliatória deve desenvolver-se não só em sua presença, mas com sua ativa participação. “Il giudice si trova investito dell’obbligo di procedere alla conciliazione”, segundo Nicoletti em comentando o art. 185 do CPC italiano, neste ponto análogo ao nosso: “Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale”.

As partes, no entanto, não estão obrigadas a comparecer, não prevendo nosso CPC nenhuma *sanctio juris* para a hipótese de inobservância da “determinação” (vide art. 447) do juiz (Frederico Marques, art. na *Tribuna da Justiça* de 10.4.74), nem sequer a multa prevista no CPC português (art. 508, n. 2) ou no antigo CPC francês (art.

56), nem qualquer consequência no plano procedimental ou probatório. A pena de confissão, esta refere-se à ausência da parte intimada para prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2.º), não apenas para a conciliação. Em suma: a “determinação” do juiz, prevista no art. 447, a que as partes compareçam para a tentativa de conciliação, constitui mero *convite*, cujo desacolhimento não representa ilícito nem ônus processual, assim inteiramente resguardada a plena opção dos litigantes em obter a sentença de mérito.

Na ausência de qualquer das partes (salvo se não intimadas), o juiz não deve marcar nova data para tentar a conciliação, nem poderá determinar a presença sob vara do litigante remisso; deverá, isto sim, haver a tentativa por inexistosa e mandará prosseguir no feito, consignada em ata a ocorrência (1.ª TACivSP, 6.ª Câmara, ap. n. 202.862, ac. de 7.5.74). Na hipótese de litisconsórcio, quando não presentes todos os litisconsortes, há que verificar se unitário ou não o litisconsórcio, para adequada aplicação do art. 48 do CPC.

Tenho por jurídico que o comparecimento de advogado, com poderes bastantes para transigir, renunciar e reconhecer (art. 38), é bastante para que o juiz esteja vinculado ao dever processual de promover a tentativa conciliatória: “para que o ato fosse considerado pessoalíssimo, seria necessário disposição legal expressa” (Frederico Marques, art. cit.).

Parece razoável a orientação dos magistrados que têm por presente a parte, *pessoa jurídica*, mediante o comparecimento a juízo de preposto credenciado pelo órgão representante da pessoa jurídica. Mas o preposto, ou o advogado, deverão dispor dos devidos poderes.

O juiz não poderá determinar o afastamento do advogado durante as gestões conciliatórias. Se tal conduta era lícita ao tempo em que o magistrado eventual-

mente tentava a conciliação em caráter apenas “oficioso”, não o é agora em que a diligência é *ato processual*, sendo um direito da parte manter-se acompanhada e orientada por seu procurador judicial. Neste sentido recomendação do Simpósio promovido, em agosto pretérito, pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Problema difícil de solucionar, máxime pelas repercussões de ordem prática, é o de saber se a parte deve ser intimada *pessoalmente*, ou se poderá sê-lo *na pessoa do advogado* com poderes bastantes. Aceito a segunda solução: a) ao dispor sobre a conciliação, o CPC não repete a norma do art. 343, pela qual na hipótese de depoimento pessoal “a parte será intimada pessoalmente”; b) a intimação pessoal pode revelar-se numerosas vezes muito difícil, como quando numerosos os AA. e/ou os RR., ou quando residentes em outra comarca ou, quiçá, no exterior; c) o objetivo da conciliação é resolver de pronto a lide, e não o de propiciar o adiamento das audiências e demora no andamento do feito. Assim, a parte pode ser intimada na pessoa de seu procurador, quando *dotado de poderes bastantes*, e inclusive por nota de expediente no órgão oficial (art. 236).

Qual a consequência processual da omissão da tentativa conciliatória prevista no art. 448? A meu sentir, a disponibilidade da pretensão de direito material, “direitos patrimoniais de caráter privado”, é impeditiva da sanção de nulidade. Se o juiz, de ofício ou por provocação de parte, notar a omissão antes de prolatada a sentença, creio deva providenciar, embora com atraso, em realizar o ato processual postergado. Se, entretanto, a omissão for suscitada somente após prolatada a sentença, então a composição jurisdicional da lide superou qualquer possibilidade de buscar, com a conciliação, uma composição negocial da mesma lide. Incidem à espécie

os princípios básicos sobre nulidade: quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade (como é o caso), o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo (através a sentença), lhe alcançar a finalidade (a composição da lide). É o art. 244 do CPC. De outra parte, o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, quando não prejudicar a parte (art. 249, § 1.º); ora, nenhuma das partes poderá, proferida a sentença, pretender que seu prejuízo (= sua sucumbência) total ou parcial será minorado com a anulação do processo para a realização da tentativa conciliatória, pois a parte adversa não irá, quando menos na generalidade dos casos, abrir mão de expectativas cuja procedência já fora reconhecida. Reporto-me ao magistério de Galeno Lacerda sobre nulidade, in *Despacho Saneador*, Cap. IV, n. 6, e Cap. V, n. 8.

5. Distinguímos na conciliação exitosa os aspectos substanciais, centrados na convergência de vontades conducente ao término do litígio, e os aspectos de direito processual, pela cessação da litispendência e concessão de executividade ao acordo. Ressaltamos que a conciliação nem sempre é substancialmente equivalente a uma transação, pois pode resultar de uma renúncia do autor à sua pretensão, ou de um reconhecimento do pedido por parte do demandado. Mas na generalidade dos casos realmente ocorrem concessões mútuas (CC, art. 1.025), às quais as partes devem ser induzidas por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, o juiz. Pergunta-se: até que ponto poderá o juiz intervir no conteúdo do negócio jurídico substancial? Ser-lhe-á lícito recusar homologação ao acordo por lhe parecerem injustos seus termos?

Em princípio, são as partes livres na autocomposição da lide. A conciliação

encontra sua eficácia no consenso dos litigantes, não na qualidade de ser a mais ou menos conforme à justiça; assim, não assiste ao juiz a possibilidade de obstaculizar a conciliação feita em termos que lhe pareçam injustos, se justos pareceram aos interessados (Liebman, "Risoluzione Convenzionale del Processo", in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, vol. IX, pág. 284). Será aliás provável que o juiz não logre sucesso na tarefa conciliatória se pretender com excessivo empenho impor como vontade negocial aquela solução fruto de seu (provisório) convencimento e que seria objeto (provável) da sentença, mesmo porque a parte menos favorecida poderá, então, preferir uma sentença totalmente contrária, mas contra a qual terá a faculdade de apelar. A conciliação pressupõe, em tese, uma composição da lide segundo valorizações ligadas à conveniência das partes, e tal valorização somente estas poderão estabelecer.

Entretanto, tenho em que pelo menos em duas hipóteses pode (e deve) o magistrado recusar homologação ao acordo (embora cumpra tomá-lo por termo). Em primeiro lugar, se o acordo conduzir à infração de norma de ordem pública (*v.g.*, estipulação de juros onzenários, ofensa às regras nulificantes da cláusula-ouro etc.). De outra parte, não merecerá o plácito judicial uma conciliação "condicionada", que traga em si o germe de novas lides, pois o instituto visa o término peremptório de um dissídio, e não à formação de novas controvérsias.

6. No processo de execução propriamente dito não cabe a tentativa conciliatória, pela ausência da *res dubia* capaz de ensejar solução negocial. O exequente tem por si a coisa julgada, ou título executivo extrajudicial, e o demandado não discute a execução mas sim a ela está sujeito. Não há controvérsia a compor, mas direito a satisfazer. Entretanto, oposta a ação incidental de

embargos do devedor, e realizada audiência (CPC, art. 740), cumprirá ao magistrado (art. 598) promover a tentativa conciliatória se a matéria da lide incidental a tanto der azo.

Ponto interessante é o de saber da possibilidade de, em ação cautelar *preparatória*, as partes acordarem quanto à lide “principal”. Mencione-se que dita lide terá sido exposta na inicial (art. 801, n. III), e que ao juiz da ação cautelar compete inclusive decidir quanto a alegações de decadência ou de prescrição do direito do requerente (art. 810), matéria pois de mérito (art. 269, n. IV). A nosso sentir, *podem* as partes chegar extra-autos a uma composição amigável, e requerer sua homologação, com todos os efeitos de ordem processual e material, dentro do procedimento da ação cautelar (pressuponho ainda não proposta a ação principal), e *deve* o magistrado, no limiar da audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único) propor a conciliação, abrangente tanto da lide “cautelar” quanto da lide “principal”. Tal orientação, sobre ser pragmática, consoa com a orientação geral do Código.

7. Aspectos polêmicos podem surgir em decorrência do parágrafo único do art. 447: “Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”. Em outras palavras, a conciliação será possível nos limites da disponibilidade dos direitos (não patrimoniais) vinculados ao *status familiae*.

Nas ações de desquite litigioso, a Lei n. 968, de 10.12.49, prevê a tentativa conciliatória como pressuposto processual (quicá pré-processual), anterior à citação do réu. Na prática, os magistrados fixam a data da audiência liminar e determinam a intimação do demandado para a ela comparecer, com sua cita-

ção, ao mesmo tempo, para responder, se inexitoso o tentame conciliatório. A hipótese não será realmente de “transação”, no sentido civilístico, embora a menção expressa do art. 5.º da dita lei. A “reconciliação” é uma renúncia do autor à pretensão; e a segunda opção consiste na “solução do litígio por meio de desquite amigável”, o que importa em mera desistência da ação (não da pretensão) de desquite litigioso.

Inexitosa a tentativa conciliatória prevista na Lei n. 968, deverá o magistrado renová-la ao início da audiência, como previsto no art. 447, *caput*, do CPC? Parece-nos que não, pois ou será aplicável a sistemática da lei especial, ou a regra geral do novo Código. Isso não impede, no entanto, que o juiz “oficiosamente” (sem o caráter de ato processual) renove a qualquer tempo um apelo à concordância. A ausência da tentativa conciliatória, se reconhecida antes da sentença, importará em nulidade, sanável pela prática do ato omitido, sem necessidade de renovação do processo; se denunciada após a sentença, a Superior Instância anulará todo o processado, pois no caso o especial interesse na integral manutenção dos vínculos matrimoniais poderá quicá obstar a aplicação da regra, que preconizamos, de que a composição jurisdicional da lide torna superada e desnecessária a composição negocial.

O eminente Min. Rodrigues Alckmin, entretanto, manifestou-se (RTJ 68/549) pela preclusão e não decretação de nulidade em casos tais, considerando a anulação como “lastimável retrocesso processual”, máxime se em primeira instância a ação houver sido julgada “improcedente”, estando, assim, preservado o vínculo.

Na ação de alimentos (Lei n. 5.478/68, arts. 9.º e 11, parágrafo único), o juiz proporá a conciliação no início e ao final da audiência. Dificuldades sur-

gem na exegese do art. 13, *caput*, pelo qual “o disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento”. Parece prevalecer a orientação de que nem toda a ação de desquite propiciará as duas tentativas conciliatórias (mais a tentativa liminar prevista na Lei n. 968...), pois o “no que couber” alude ao eventual pedido cumulado de alimentos (vide *Rev. Jurisp. do TJRS*, 20/165). Assim também Oliveira Cruz (“*A Nova Ação de Alimentos*”, pág. 55): “A lei não altera o processamento das ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento. Apenas, com relação à concessão de alimentos, tornou aplicáveis àquelas ações as disposições que forem cabíveis. As ações referidas continuarão a ser processadas com o rito ordinário, havendo distribuição prévia, em tudo se aplicando o Código de Processo Civil.”

Note-se que na ação de nulidade ou anulação de casamento a absoluta indisponibilidade de objeto da lide (validade do vínculo) afasta a possibilidade de solução negocial.

8. Temos por oportuno, ao fim, renovar a expressiva advertência: “O juiz pode sentir a tentação de se servir da tentativa conciliatória para se eximir ao estudo e julgamento da causa, sobretudo quando esta seja difícil, delicada e complexa; mas é necessário que saiba defender-se contra esta tentação, de modo a não ultrapassar, nos esforços e diligências empregados, a linha de compostura e correção, que deve ser timbre impecável do magistrado judicial” (Alberto dos Reis, *ob. cit.*, pág. 178).

Agindo diversamente, a própria finalidade da conciliação restaria iludida, e uma excessiva frequência de conciliações seria indício de um difuso ceticismo e de uma latente crise da Justiça.